

Tilburg University

Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: onderzoek van Tilec voor ACTIZ
van Damme, Eric

Publication date:
2009

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. (2009). *Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: onderzoek van Tilec voor ACTIZ: Inleiding, overzicht en samenvatting.*

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**CONCURRENTIE OP DE THUISZORGMARKT IN NEDERLAND:
ONDERZOEK VAN TILEC VOOR ACTIZ
INLEIDING, OVERZICHT EN SAMENVATTING***

Eric van Damme*

December 2009

TILEC (Tilburg Law and Economics Center)
Tilburg University
PO Box 90153
5000 LE Tilburg
The Netherlands

* Onderzoek in opdracht van ActiZ, de organisatie van zorgondernemers; zie <http://www.actiz.nl/>

* Prof.dr. E.E.C. van Damme, Tilburg University, CentER for Economic Research en Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Postbus 90153, 5000 LE Tilburg. Tel +31-13-4663045, Fax +31-13-4663066, e-mail: Eric.vanDamme@uvt.nl, <http://center.uvt.nl/staff/vdamme/>

INHOUDSOPGAVE

1.	ACHTERGROND EN AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK	3
2.	ONDERZOEKSOPDRACHT EN BEPERKINGEN VAN HET ONDERZOEK	5
3.	DE TILEC ONDERZOEKSRAPPORTEN	7
4.	SAMENVATTING VAN DE TILEC ONDERZOEKSRAPPORTEN	10
4.1	Hoe functioneren de markten voor thuiszorg?	10
4.1.1	De richtsnoeren voor de zorgsector: een economisch perspectief	10
4.1.2	De markten voor thuiszorg in Nederland	11
4.1.3	De WMO-markt voor huishoudelijke hulp	11
4.2.	Het effect van samenwerking op de marktuitskomst	18
4.2.1	De richtsnoeren voor de zorgsector: een economisch perspectief	19
4.2.2	Samenwerking in de zorg: een economisch perspectief	20
4.2.3	Samenwerking in de zorg: voordelen voor de cliënt en risico's van machtsmisbruik	24
4.2.4	Algemene conclusie uit de drie rapporten over samenwerking	26
5.	CONCLUSIE	26
	BIJLAGE: DE ONDERZOEKSVRAGEN VAN ACTIZ	28

1. ACHTERGROND EN AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

In september 2008 heeft de NMa twee besluiten genomen waarin aanbieders van thuiszorg beboet werden voor het maken van mededingingsafspraken.¹ Volgens de NMa zijn er door de partijen in die zaken marktverdelingsafspraken gemaakt die ertoe strekken de mededinging te beperken. Zorgaanbieders betogen daarentegen in het algemeen dat samenwerkingsovereenkomsten essentieel zijn om de kwaliteit van de zorg te verhogen, en efficiënt ketenzorg en wijkgerichte zorg te kunnen leveren. Ook in diverse beleidsdocumenten van het Ministerie van VWS wordt de wenselijkheid van samenwerking tussen zorgaanbieders centraal gesteld, zonder dat daarbij overigens altijd oog lijkt te zijn voor de vraag of, en onder welke voorwaarden, dergelijke samenwerking verenigbaar is met de mededingingswet.² Ook zorgkantoren, die namens verzekeraars voor cliënten AWBZ-zorg inkopen, stellen ketenzorg centraal en stimuleren samenwerking tussen aanbieders. Zo geven de CZ-zorgkantoren in 2009 een prijsbonus aan aanbieders die met anderen aantoonbare afspraken gemaakt hebben over continuïteit en kwaliteit van zorg.³

Het beeld dat uit diverse stukken over het thema concurrentie en samenwerking in de zorg naar voren komt is dat van een grote spanning tussen zorginhoudelijke en mededingingsrechtelijke argumenten; waar sommigen spreken over kartels met de daaraan verbonden nadelen, benadrukken anderen de voordelen van ketenzorg. Verschillende paradigma's lijken op elkaar te botsen; partijen hanteren niet altijd dezelfde terminologie en spreken soms langs elkaar heen. Om de dialoog te bevorderen, en om de onzekerheid te reduceren over welke vormen van samenwerking de "cliëntenwelvaart" verhogen en dus toegestaan zouden kunnen worden, heeft Actiz, een branchevereniging van zorgorganisaties, in december 2008 aan TILEC, (het Tilburg Law and Economics Center) verzocht de markten voor thuiszorg in kaart te brengen en diverse vormen van samenwerking tussen thuiszorgaanbieders aan een economische analyse te onderwerpen.

¹ Besluit in de zaak Thuiszorg Kennemerland (6108) en het Besluit in de zaak Thuiszorg 't Gooi (5851); zie paragraaf 5.6 voor meer details over deze zaken.

² Zie bijvoorbeeld de Handreiking ketensamenwerking in de WMO (juli, 2005), te vinden op <http://www.invoeringwmo.nl>

³ Zie Inkoopdocument 2009 CZ Zorgkantoren, <http://www.czzorgkantoren.nl/%7Bb9d50931-3d8e-4795-9908-dea08b68732d%7D?t=CZzorgkantoor>, blz 41-42.

Economische analyse is vooral nuttig omdat zorgmarkten relatief nieuw zijn en sterk in beweging, met als gevolg dat de empirische basis m.b.t. het functioneren van dergelijke markten nog relatief gering is. In de twee genoemde besluiten heeft de NMa betoogd dat de afspraken tussen partijen marktverdelingsafspraken zijn die ertoe strekken de mededinging te beperken, zodat de economische effecten van deze afspraken niet, of althans niet uitgebreid, onderzocht hoeven te worden. De NMa heeft in deze besluiten wel nagegaan of de beperkingen merkbaar zijn, en is er ook aandacht voor de mogelijke voordelen voor cliënten, maar deze analyses zijn niet echt diepgaand.⁴ Het is juist dat, in overeenstemming met de jurisprudentie uit het Europese mededingingsrecht, de NMa deze effecten niet uitgebreid hoeft te onderzoeken. Anderzijds is het echter ook zo dat de markten waarop de Nederlandse thuiszorgorganisaties actief zijn markten in transitie zijn, en dat in de meeste andere landen deze markten nog niet voor concurrentie zijn vrijgegeven. Dit heeft als gevolg dat onze feitenkennis over de werking van deze markten relatief beperkt is en dat het standaardargument, dat economische effectanalyse niet nodig is bij de afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken omdat we toch al weten (met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) dat deze afspraken negatief uitwerken, niet geldig is. Bij recent geliberaliseerde zorgmarkten weten we dat juist niet en dus lijkt een economische effectanalyse op zijn plaats.

Economische analyse is ook nodig op grond van mededingingsrechtelijke argumenten. Artikel 6, lid 1 van de Mededingingswet verbiedt afspraken (en onderling afgestemde feitelijke gedragingen) die de mededinging verhinderen, beperken, of vervalsen. Bij de boordeling of van een beperking als in artikel 6, lid 1 Mw sprake is, moet de mededingingsautoriteit rekening houden met de economische en juridische context van de markt en met het doel van de afspraak. Zo heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gesteld: “Teneinde vast te stellen of een gedraging ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet de gedraging worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de gedraging betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke

⁴ Zie de randnummers 172, 177-183 en 184-188 in het Besluit in de zaak Thuiszorg Kennemerland (6108), en de randnummers 204-218 en 223-224 in het Besluit in de zaak Thuiszorg 't Gooi (5851).

omstandigheden waaronder deze functioneert.”⁵ De context van de zorg is anders dan die bij “normale markten”, en dit maakt economisch onderzoek noodzakelijk. Zoals het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft gesteld, is dit onderzoek naar de economische en juridische context vooral van belang bij markten die recent geliberaliseerd zijn, d.w.z. bij markten die nog in transitie zijn.⁶ Aan deze voorwaarde is in de zorgsector zeker voldaan.

Niet alle afspraken tussen ondernemingen die de mededinging beperken zijn verboden. Het derde lid van dat artikel 6 Mw stelt dat het verbod uit het eerste lid van dat artikel niet van toepassing is op afspraken die (a) “efficiëntieverhogend” zijn, (b) een billijk aandeel van die efficiëntiewinst bij gebruikers laten neerslaan, (c) de mededinging niet verder beperken dan nodig is, en (d) een voldoende mate van concurrentie op de markt overlaten. Ook om na te gaan of aan deze vier (cumulatieve) voorwaarden voldaan is, is economische analyse nodig.

Zonder economische analyse kan derhalve niet vastgesteld worden of een afspraak tot samenwerking tussen zorgondernemingen toegestaan dan wel verboden is. Dergelijke analyse is zowel nodig (en nuttig) in de context van het eerste lid van artikel 6 Mw, als in het kader van het derde lid van dat artikel.

2. ONDERZOEKSOPDRACHT EN BEPERKINGEN VAN HET ONDERZOEK

Het doel van het TILEC onderzoek, waarvan in vijf deelrapporten verslag wordt gedaan, is een begin te maken met deze economische effectanalyse. Vanwege de vaste praktijk in het mededingsbeleid dat bij toetsing van een afspraak rekening gehouden wordt met de “juridische en economische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert”,⁷ is het dus zaak eerst de werkelijke omstandigheden waaronder de markt functioneert in kaart te brengen. Actiz heeft aan TILEC onderzoeksvragen voorgelegd die juist dit beogen.

⁵ Zie zaak *Modint* (LJN: AU5316), 28 oktober 2005, par. 7.2.2. Zie ook het CBb in de *Secon* zaak (LJN: AU8309, AWB 04/237 en 04/249), 7 december 2005, alsmede de uitspraak van het CBb in de zaak LJN: BF8820, AWB 06/667 (NIP, NVVP en LVE), 6 oktober 2008.

⁶ Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in zaak *O2/Commissie*, zaak T328/03, van 2 mei 2006.

⁷ CBb in de *Secon* zaak, (LJN: AU8309, AWB 04/237 en 04/249), 7 december 2005.

Met nadruk stellen we dat we slechts een begin (hebben kunnen) maken met deze economische effectanalyse. Wellicht kan ons onderzoek het beste bestempeld worden als contextonderzoek, met daarbij specifieke aandacht voor de structuur en de organisatie van de markten voor zorgverlening. Omdat er zeer veel verschillende geografische markten zijn, en de gegevens over hoe deze “lokale” markten functioneren niet systematisch verzameld zijn, en binnen het kader van dit onderzoek niet alle systematisch verzameld konden worden, kunnen we niet altijd iets zeggen over de werkelijke omstandigheden waaronder deze lokale markten functioneren.⁸ Daarvoor zouden meer gedetailleerde gegevens beschikbaar moeten zijn.

In het algemeen kunnen twee typen van economische analyse onderscheiden worden: (i) institutioneel-theoretische analyse en (ii) empirische analyse. Het merendeel van ons verslag betreft analyse van het eerste type. Nieuwe, “harde” empirische analyse is beperkt gebleven tot het onderzoek naar het functioneren van de markten voor huishoudelijke hulp op lokaal niveau. Voor het overige maken we gebruik van al bestaande empirische onderzoeken. De beperkte beschikbaarheid van publieke data heeft ons tot deze aanpak gedwongen. Helaas hebben we daarom niet alle door Actiz voorgelegde vragen kunnen beantwoorden. Een conclusie die we daarom zeker kunnen trekken is dat bredere publieke beschikbaarheid van data gewenst is. We hopen dat onze institutioneel-theoretische analyses bijdragen aan het helderder krijgen van welke informatie essentieel is om gedetailleerde, volledige economische effectanalyses te kunnen uitvoeren.

Hoewel de onderzoeksvragen van Actiz gedetailleerd zijn, en vragen naar een groot aantal onderscheiden aspecten van de vraag en aanbod en de institutionele structuur van de markt,⁹ zijn er twee overkoepelende hoofdvragen:

1. *Hoe functioneert de thuiszorgmarkt, d.w.z. welke uitkomsten resulteren bij concurrentie?*
2. *Hoe beïnvloeden diverse vormen van samenwerking het functioneren van de thuiszorgmarkt, d.w.z. wat is het effect van (vormen van) samenwerking op de marktuitsluiting?*

⁸ Vanwege dit aspect kunnen we ook geen gedetailleerde uitspraken doen over de boven genoemde zaken.

⁹ In de Appendix geven we deze gedetailleerde vragen.

3. DE TILEC ONDERZOEKSRAPPORTEN

We beantwoorden de bovenstaande vragen in vijf rapporten:

- De richtsnoeren voor de zorgsector: een economisch perspectief
- De markten voor thuiszorg in Nederland
- De WMO-markt voor huishoudelijke hulp
- Samenwerking in de zorg: een economisch perspectief
- Samenwerkingsverbanden in de zorg: Wat zijn de voordelen voor de cliënt en wanneer wegen deze op tegen het risico op negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de regievoerende partij?

In elk van deze rapporten ligt de nadruk op de markten voor zorgverlening; de markten voor zorginkoop en zorgverzekering blijven veelal buiten beschouwing. De eerste vier rapporten zijn van de hand van Eric van Damme, het vijfde werd geschreven door Job de Haan en Cindy Kuipers. Naast deze rapporten werden, geïnspireerd door het Actiz-onderzoek, gedurende 2009 aan de Universiteit van Tilburg diverse afstudeerscripties geschreven. Twee hiervan betroffen de markt voor huishoudelijke hulp, één de positie van nieuwe toetreders, en één had ketenzorg op het gebied van dementie als onderwerp. Deze scripties zijn op verzoek verkrijgbaar.

Het eerste rapport is relevant voor beide hoofdvragen. Het geeft een algemeen perspectief, en betoogt dat de zorgsector bijzonder is, omdat de zorgmarkten gekenmerkt worden door veel verschillende vormen van marktfalen. Het rapport focust op de markten voor zorgverlening en op twee vormen van marktfalen in het bijzonder: het onvolledig zijn van het stelsel van markten en de externe effecten bij zorgverlening. Het rapport betoogt dat dientengevolge samenwerkingsafspraken tussen zorgaanbieders niet automatisch gekarakteriseerd kunnen worden als ertoe strekkende de mededinging te beperken. Een alternatieve interpretatie is dat deze afspraken ingegeven kunnen zijn door de wens om optimaal in te spelen op de behoeften van de cliënt, en noodzakelijk vanwege de twee genoemde vormen van marktfalen. De Richtsnoeren voor de zorg zouden met deze vormen van marktfalen en met deze constatering rekening moeten houden. Economische effectanalyse is derhalve noodzakelijk.

Het tweede rapport¹⁰ bespreekt de markten voor thuiszorg in Nederland in zijn algemeenheid. Het rapport gaat in op de samenhang tussen de AWBZ-markten en de WMO-markt voor huishoudelijke hulp en op de relevante markt in geografische zin. De nadruk ligt op de relevante productmarkt en betoogd wordt dat, met de invoering van de WMO per 1 januari 2009, de relevante geografische markt veranderd is, althans dat niet uitgesloten kan worden dat deze veranderd is. In dit rapport gaan we tevens in op de twee in de Inleiding genoemde besluiten van de NMa, waarin aanbieders van thuiszorg beboet werden voor het maken van marktverdelingsafspraken, en gaan we in op het rapport “Concurrentie in de thuiszorg: een analyse van de juridische en economische context” dat in opdracht van de NMa werd opgesteld door het Rotterdamse Erasmus Competition and Regulation Institute (ECRI), en dat in deze besluiten geciteerd wordt.¹¹

Het derde rapport focust vervolgens op de markt voor huishoudelijke hulp. We geven in dat rapport eerst een uitgebreide beschrijving van de markt, waarna we vervolgens aan de hand van een theoretisch model analyseren hoe concurrentie op deze markt functioneert, d.w.z. hoe er, gegeven bepaalde veronderstellingen, optimaal geboden kan worden in de WMO-aanbestedingen. In het laatste deel van dit rapport analyseren we vervolgens empirisch, aan de hand van data van het CAK, hoe de markt voor zorgverlening (zorg in natura) zich op lokaal niveau ontwikkeld heeft.

In het vierde rapport wordt nader ingegaan op het belang van samenwerking. Dit rapport verdiept de analyse uit het eerste rapport. Het rapport begint met een gedetailleerde bespreking van artikel 6 van de Mededingingswet en de NMa Richtsnoeren voor de zorg. Betoogd wordt dat de NMa de zorg als een “normale” sector ziet, met relatief weinig aandacht voor de positieve effecten van samenwerking op markten voor zorgverlening. Geconcludeerd wordt dat de NMa de sector meer duidelijkheid zou kunnen bieden door, net zoals de Europese Commissie doet, in de herziene Richtsnoeren het kader te schetsen hoe afspraken beoordeeld zullen worden die buiten de “veilige havens” vallen, en welke criteria bij deze boordeling een rol spelen. Vervolgens wordt ingegaan op het belang van samenwerking in de zorg en wordt de daarvoor relevante economische theorie besproken. Deze laat zien dat, bij complementariteit van de door de zorgaanbieders aangeboden diensten,

¹⁰ Dit rapport is nog onvolledig.

¹¹ M. Varkevisser, S. van der Geest en F. Schut: “Concurrentie in de thuiszorg: een analyse van de juridische en economische context”, ECRI, Rotterdam, November 2007.

of bij positieve externe effecten, afstemming beter is dan concurrentie. Daarna richt de aandacht zich op ketenzorg en de behandeling van zorgnetwerken in de huidige Richtsnoeren. Betoogd wordt dat de Richtsnoeren eenzijdig zijn, omdat de nadruk ligt op “theories of harm” en dat, in een aantal gevallen, de risico’s voor negatieve effecten bovendien overschat worden. De Richtsnoeren zouden derhalve moeten worden aangepast, en concrete suggesties voor hoe dat te doen worden gegeven.

Het vijfde rapport is geschreven vanuit het perspectief van de organisatietheorie en de logistiek. Hierin wordt een model ontwikkeld waarmee kan worden onderzocht wanneer een samenwerkingsverband in de zorg voordelen oplevert voor de cliënt, alsmede hoe deze voordelen kunnen worden afgewogen tegen het risico van eventuele negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de regievoerende partij (RVP), d.w.z. de partij die verantwoordelijk is voor de coördinatie van het samenwerkingsverband. De voordelen voor de cliënten ontstaan als gevolg van de samenwerking doordat diensten beter op elkaar aansluiten en afgestemd zijn. Machtsmisbruik treedt op als de RVP uit eigen belang beslissingen neemt die de belangen van andere deelnemers of het voordeel voor de cliënten schaden, bijvoorbeeld door het afschermen van de markt voor zorginstellingen/ketens buiten het samenwerkingsverband. Een aantal risicofactoren wordt in kaart gebracht, en betoogd wordt dat het verwachte risico op deze negatieve effecten beperkt is. Als laatste wordt bestudeerd hoe met behulp van het totale model de voordelen van een samenwerkingsverband voor de cliënt kunnen worden afgewogen tegen de risico’s op negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de RVP.

Meer gedetailleerde samenvattingen van deze rapporten worden gegeven in de paragraaf die volgt. We groeperen de discussie daar rond de twee hoofdvragen van Actiz: (i) de werking van markt (de rapporten 1, 2 en 3) en (ii) de invloed van vormen van samenwerking op het functioneren van de markt, d.w.z. de invloed van samenwerking op de uitkomsten die op de markt gerealiseerd worden.

4. SAMENVATTING VAN DE TILEC ONDERZOEKSRAPPORTEN

4.1 Hoe functioneren de markten voor thuiszorg?

In deze deelparagraaf geven we een samenvatting van de inzichten uit de rapporten 1, 2 en 3 voor wat betreft de eerste door ActiZ voorgelegde hoofdvraag:

Hoe functioneert de thuiszorgmarkt, d.w.z. welke uitkomsten resulteren bij concurrentie?

4.1.1 De richtsnoeren voor de zorgsector: een economisch perspectief

In dit rapport wordt betoogd dat diverse vormen van marktfalen in de zorgsector een belangrijke rol spelen, dat de zorgsector daarom niet als een normale markt kan worden gezien, en dat mededingingsbeleid er daarom niet *business as usual* behoort te zijn. Marktfalen betekent dat concurrentie niet tot een Pareto-efficiënte uitkomst leidt, m.a.w. het is niet gegarandeerd dat concurrentie de eigenschappen heeft die daaraan gebruikelijk worden toegedicht. De context van de zorg is dus een andere dan in “normale” markten.

Het rapport betoogt dat er, naast marktmacht, vier vormen van marktfalen in de zorgsector van bijzonder belang zijn: (i) er is een onvolledig stelsel van markten, (ii) externe effecten spelen bij het zorgaanbod een belangrijke rol, (iii) er is sprake van informatieasymmetrie, en (iv) consumentenkeuze is slechts begrensd rationeel.¹² Het rapport focust op de eerste twee vormen en concludeert dat de beleidsconsequenties van deze, vooral door de NMa, niet altijd voldoende meegenomen lijken te zijn. Het rapport concludeert dat de zorgsector in voldoende mate bijzonder is om afzonderlijk economisch onderzocht te worden, en dat, hoewel, sinds de herstructurering van de markt in 2006, diverse onderzoeken gedaan zijn, deze nog onvoldoende houvast geven. In het bijzonder hebben deze onderzoeken hun weg nog niet gevonden naar de Richtsnoeren voor de zorgsector. Het is daarom wenselijk dat de tot nu toe verworven inzichten, de theoretische zowel als de empirische, wel in de Richtsnoeren

¹² Een belangrijk aspect is tevens dat in de zorgsector vooral “not-for profits” actief zijn. In het rapport “Fusiecontrole in de gehandicaptenzorg”, dat ik samen met Ingrid Liedorp en Saskia Lavrijssen, in opdracht van VGN, gemaakt heb, werd betoogd dat dit belangrijke consequenties heeft voor de manier waarop fusies beoordeeld moeten worden; zie <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/2007.html>. Een vergelijkbare opmerking kan gemaakt worden m.b.t. de beoordeling van samenwerkingsvormen.

verwerkt worden. Daarom is een fundamentele herziening op zijn plaats. Zie daarover verder § 4.2.

4.1.2 De markten voor thuiszorg in Nederland

Zoals aangegeven in § 3 is dit rapport nog onvolledig. Voor een samenvatting verwijs ik naar het in die paragraaf gestelde.

4.1.3 De WMO-markt voor huishoudelijke hulp

De onderzoeksvraag die dit rapport heeft trachten te beantwoorden is:

Hoe functioneert de WMO-markt voor huishoudelijke hulp, d.w.z. welke uitkomsten resulteren bij concurrentie?

Het rapport bevat een uitgebreide beschrijving van de marktstructuur, de karakteristieken en de concurrentieparameters, die gevolgd wordt door een theoretische analyse van de ZIN-inkoopmarkt, en vervolgens door een empirische analyse van de ZIN-zorgverleningsmarkt. Hieruit is een vrij goed beeld ontstaan over hoe de markt functioneert. Toch is het beeld verre van volledig, en wel omdat informatie ontbreekt, en het binnen dit kader van dit onderzoek niet mogelijk was deze informatie boven tafel te halen. We formuleren dit als eerste conclusie, met een daaraan gekoppelde aanbeveling:

- 1. Belangrijke informatie over de WMO-markten voor huishoudelijke hulp wordt niet systematisch verzameld, en ontbreekt bijgevolg. Het verdient aanbeveling deze WMO-markten systematisch te monitoren, zodat sneller geleerd kan worden wat werkt en wat niet, en beter geëvalueerd.*

Informatie die de analyse in het rapport scherper had kunnen maken is bijvoorbeeld informatie over het “verwijsgedrag” van cliënten door gemeenten. Deze informatie is vermoedelijk op gemeenteniveau beschikbaar, zij wordt echter niet op gestandaardiseerde wijze verzameld. Vergelijkbare opmerkingen kunnen gemaakt worden met betrekking tot het keuzegedrag van cliënten. In het rapport is, vanwege gebrek aan informatie, ook de

“wholesale markt”, waarop onderaannemers zich aanbieden, buiten beschouwing gebleven.¹³ De gemeentelijke vrijheid impliceert ook dat van veel verschillende bestekken gebruik gemaakt wordt; ook hieromtrent is echter geen algemeen beeld beschikbaar. Een laatste systematisch onderzoek werd eind 2006 gedaan, maar sindsdien is vermoedelijk veel veranderd. Ten tijde van de AWBZ werd deze markten gemonsterd door de NZa, maar met de invoering van de WMO is informatie verloren gegaan. Dit is te betreuren omdat alle spelers nog in een leerproces zitten en de markten nog in transitie zijn. Doordat relatief weinig “globale” informatie gestandaardiseerd beschikbaar is, wordt het leerproces met betrekking tot wat goed werkt en wat minder geslaagd is belemmerd. Dit hindert effectief functioneren van zowel de marktmakers en inkopers (VWS en gemeenten) als de marktspelers (de aanbieders), en impliceert dat het te lang duurt voor (goede) evenwichten en optimale uitkomsten gevonden zijn.

De tweede en derde conclusie uit het rapport werden in het boven gestelde al aangestipt:

2. *De WMO-markt voor huishoudelijke hulp is niet één markt, maar een stelsel van lokale markten, waarbij er een grote mate van lokale diversiteit is.*
3. *De WMO-markten voor huishoudelijke hulp zijn (nog steeds) markten in transitie.*

Een wezenskenmerk van de WMO is dat belangrijke bevoegdheden naar gemeentelijk niveau gedecentraliseerd zijn en dat gemeenten een grote mate van beleidsvrijheid kennen. Dit heeft diverse voordelen, zoals, in principe, goede aansluiting bij lokale preferenties en de mogelijkheid tot experimenteren. Zaak is wel te garanderen dat uit die lokale ervaringen ook op landelijke niveau geleerd wordt en dat gemeenten de mogelijkheid hebben van elkaar te leren (Conclusie 1). Diverse delen van het rapport laten zien dat de lokale aspecten op essentiële punten verschillen. Zo laten diverse tabellen in het empirische hoofdstuk van het rapport grote standaarddeviaties zien: achter de gemiddelden gaat soms een wereld van verschil schuil.

¹³ In sommige situaties moeten, naar verluidt, verliezende gevestigde spelers concurreren om onderaannemerschap met partijen die uitsluitend op deze markt actief zijn.

Ook de bestekken van individuele gemeenten kunnen substantieel verschillen, en dit heeft belangrijke consequenties voor (de omvang van) de relevante geografische markt. De geografische markt is dat gebied waarin de concurrentievoorwaarden homogeen zijn. De concurrentievoorwaarden op de zorginkoopmarkt worden in belangrijke mate bepaald door het bestek dat voor de aanbesteding van huishoudelijke hulp gehanteerd wordt. Onder de WMO stellen gemeenten de bestekken op, waarbij zij ruim gebruik maken van hun beleidsvrijheid: bestekken van verschillende gemeenten kunnen substantieel verschillen. Als gevolg hiervan is de relevante geografische markt primair lokaal. Dit geldt zeker wanneer de markt gezien wordt vanuit het perspectief van de cliënt; echter ook aanbieders kunnen niet om de lokale heterogeniteit heen. In ieder geval is duidelijk dat, na invoering van de WMO, niet zonder meer kan worden aangenomen dat de zorgkantoorregio de relevante geografische markt is. De stelselherziening, de transitie van AWBZ naar WMO, heeft, in ieder geval met grote waarschijnlijkheid, geleid tot een andere relevante markt.¹⁴ Vanwege het belang van deze constatering, formuleren we dit specifieke gevolg van conclusie 2 ook als aparte conclusie:

- 4. Het is waarschijnlijk dat binnen een zorgkantoorregio verschillende aanbestedingsbestekken voor de inkoop van huishoudelijke hulp gehanteerd worden en dat de concurrentievoorwaarden binnen die regio dus niet homogeen zijn. Na invoering van de WMO kan derhalve niet meer worden aangenomen dat de zorgkantoorregio de relevante geografische markt is.*

Keren we na deze verdieping van conclusie 2 nu terug naar conclusie 3. Dat de markten in transitie zijn zal iedereen die de sector kent duidelijk zijn. Voor wie dat nog niet wist, zijn in het rapport een groot aantal bewijzen en indicaties aangedragen; zie bijvoorbeeld de empirische analyses in hoofdstuk 6. Een belangrijk aspect van deze transitie is de verschuiving in de vraag naar huishoudelijke hulp, van HH2 naar HH1, waarop in hoofdstuk 2 van het rapport uitgebreid ingegaan wordt. Als gevolg van het vervallen van de voorwaarde dat de lichtere vorm van hulp alleen verstrekt kon worden als de cliënt bereid en in staat was de werkgeversrol op zich te nemen, werd ongeveer 80% van de vraag HH1. Dit leidde voor bestaande aanbieders tot substantiële problemen, vooral veroorzaakt door het feit dat de

¹⁴ Aangetekend moet worden dat er, gezien vanuit de aanbesteding, natuurlijk wel “common elements” in de verschillende markten zijn; grotere aanbieders zullen specifieke aanbestedingsexpertise op meerdere markten kunnen inzetten.

kosten niet zo snel verlaagd konden worden; een groot gedeelte van de kosten (ongeveer 80%) zijn immers directe personeelskosten. Van belang hierbij is ook dat tegen de gemiddelde tarieven van 2007 en 2008 de lichte vorm van hulp alleen kostendekkend door een alfahulp kan worden aangeboden. Voor een Thuishulp A zijn de directe personeelskosten per contactuur reeds hoger dan de tarieven. Traditionele thuiszorgorganisaties maakten relatief veel gebruik van Thuishulpen A, en de verschuiving in de vraag leidde dus tot een mismatch tussen de vraag naar hulp en het aanbod aan personeel. Dit impliceert ook dat aanbieders met een gunstiger kostenstructuur (bijvoorbeeld schoonmaakbedrijven) in principe winstgevend tot de markt konden toetreden. Anderzijds laat het rapport zien dat, in een dergelijke situatie, het voor een traditionele aanbieder rationeel kan zijn om beneden de kostprijs in te schrijven. Vanwege het belang formuleren we deze specifieke aspecten van de transitie apart als conclusie 5.

5. *Een belangrijk element van de transitie is de vraagverschuiving in de richting van HH1, de lichtere vorm van hulp, ten gevolge van het feit dat onder de WMO de eis verviel dat deze lichte vorm alleen aangeboden kon worden als de cliënt bereid en in staat was de werkgeversrol op zich te nemen. Tegen de gemiddelde tarieven van 2007 en 2008 kan zelfs de meest efficiënte (traditionele) thuiszorgorganisatie HH1 alleen kostendekkend aanbieden als dat door een alfahulp kan gebeuren. Traditionele thuiszorgorganisaties hadden relatief veel personeel (Thuishulpen A) in loondienst; in de aanbestedingen hadden zij dus een kostennadeel ten opzichte van toetreders die flexibeler konden inspelen op de verandering in de vraag. In zo'n situatie kan het voor een thuiszorgorganisatie rationeel zijn om beneden de directe kostprijs in te schrijven; organisaties deden dat ook.*

Voor de toekomst is wellicht nog belangrijker de constatering dat dit transitieproces nog niet is afgelopen. Vanaf 1 januari 2010 is een wetswijziging van kracht, die (opnieuw) tot andere concurrentievoorwaarden leidt en die aanbieders tot een nieuwe positiebepaling dwingt. De discussie over deze wetswijziging, en de noodzaak van een wijziging die van kracht wordt drie jaar na de fundamentele stelselherziening per 1 januari 2007, laat zien dat een aantal aspecten verbonden aan de overgang van de AWBZ naar de WMO niet voorzien waren en daarom (vermoedelijk) ook niet goed doordacht. Gedurende de afgelopen 3 jaar zijn met ad hoc maatregelen, zowel op lokaal als nationaal niveau, de concurrentievoorwaarden op de markt beïnvloedt. De markt heeft de stationaire toestand nog niet bereikt.

6. *Alle betrokkenen hebben het spel nog moeten leren, en dit aspect lijkt onderschat te zijn geweest. Niet alle effecten waren door beleidsmakers voorzien; er was bij de eerste ronde voor gemeenten te weinig tijd om goede spelregels te maken; voor aanbieders was er te weinig tijd om het spel goed te kunnen doorgronden en goed te kunnen spelen.*

Voor gemeenten was het aanbesteden van huishoudelijke hulp een nieuwe activiteit. Dat de aanbesteding van het recht om ZIN te mogen leveren (waarbij er meerdere winnaars zijn en na de concurrentie om de gunst van de gemeente nog vervolgconcurrentie om de gunst van de cliënt plaats vindt) fundamenteel verschillend is van andere aanbestedingssituaties, lijkt door beleidsmakers onvoldoende onderkend te zijn. De WMO werd pas in juli 2006 door de Eerste Kamer aangenomen, zodat voor gemeenten in de eerste ronde slechts weinig tijd beschikbaar was om een bestek te maken. Het is daarom niet verrassend dat veel bestekken uit de eerste ronde geen schoonheidsprijs verdienen; een aantal hiervan lijkt bij nadere bestudering ook niet te voldoen aan de basisvoorwaarden van non-discriminatie en transparantie.

Ook aanbieders hadden in 2006 weinig tijd om zich op de aanbestedingen voor te bereiden. Vanwege alle veranderingen hebben zij sindsdien niet echt te maken gehad met een stabiele en transparante omgeving. De regels van het spel waren niet altijd helder, en zij werden tijdens het spel aangepast, zodat het spel voor aanbieders niet altijd goed te spelen was. De meeste gemeenten en aanbieders hebben nu ervaring met twee rondes van contractering; het verdient aanbeveling de ervaringen tot nu toe systematisch in kaart te brengen, zodat het leerproces voor alle partijen versneld kan worden en zo snel mogelijk een stabiele situatie ontstaat. (Zie ook conclusie 1.)

Terugkijkend op de eerste aanbestedingsronde, lijkt het dat aanbieders zich destijds onvoldoende bewust zijn geweest van de voordelen op de thuismarkt en van de moeilijkheden (voor henzelf, en dus ook voor spelers met een vergelijkbare kostenstructuur) van het betreden van nieuwe geografische markten. Gegeven de beperkte voorbereidingstijd is dit ook niet verrassend. Veel partijen verwachtten, bij de eerste ronde van aanbestedingen, substantieel marktaandeelverlies op de thuismarkt, dat men vervolgens trachtte te compenseren met het winnen van marktaandeel op naburige, nieuwe markten. Deze verwachtingen en de bijbehorende strategie zijn niet noodzakelijk rationeel. De empirische

analyse in hoofdstuk 6 van het rapport laat zien dat deze verwachtingen ook (nog) niet uitgekomen zijn; het verlies op thuismarkten is tot en met 2008 relatief gering gebleven (zie ook Conclusie 8 onder). Gesteld kan worden dat, vanwege de aanpassingen in de regelgeving, het leerproces bij betrokkenen en het feit dat transitie tijd vergt, het evenwicht op de markt in 2008 nog niet bereikt was.

7. *De WMO-aanbestedingen voor huishoudelijke hulp kunnen niet omschreven worden als “bidding markets”: er zijn belangrijke asymmetrieën tussen spelers. Dergelijke asymmetrie impliceert dat voor traditionele aanbieders een focusstrategie rationeel is en dat marktverdeling in evenwicht (niet-coöperatief) ontstaat. Gevestigde aanbieders hebben het meeste te duchten van “de novo” toetreders, of van gemeenten die lage maximumprijzen specificeren.*

De theoretische analyse in het rapport is gebaseerd op de aanname van rationele verwachtingen in een stabiele, transparante situatie, waarbij iedere speler het spel volledig doorziet. Onze analyse gaat uit van de bestaande asymmetrieën tussen aanbieders en incorporeert dat de gemeente met meerdere aanbieders contracten zal afsluiten. Er is met andere woorden niet sprake van een “bidding market”, en de markt functioneert dan ook heel anders.¹⁵ Ten opzichte van een andere “traditionele” aanbieder heeft een thuiszorgorganisatie een kostenvoordeel in het eigen werkgebied (de thuismarkt). Ten opzichte van *de novo* toetreders (zoals schoonmaakorganisaties) is er echter een mogelijk kostennadeel. Anderzijds kunnen toetreders te maken hebben met diverse toetredingsbarrières. Het bestek kan reeds gevestigde aanbieders direct of indirect bevoordelen, terwijl lokale aanbieders ook kunnen profiteren van kostenvoordelen, reputatievoordelen, de relatief geringe bereidheid tot switchen bij cliënten, en het feit dat zij reeds personeel in de gemeente hebben. Door de winnaars van de aanbesteding moet, in een tweede fase, nog geconcurrereerd worden om de gunst van de cliënt, en hierbij kunnen reeds gevestigde aanbieders beter gepositioneerd zijn dan andere; een asymmetrie die doorwerkt in het biedgedrag voor de eerste fase.

¹⁵ In de literatuur wordt de term “bidding market” gebruikt voor een situatie waarin relatief homogene spelers concurreren om één opdracht, waarbij er dus maar één winnaar kan zijn; zie Paul Klemperer: “Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets””, in P. Buccirossi (ed): *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, Cambridge, MA, USA, 2008 (2008). In de gemeentelijke aanbestedingen voor ZIN zijn er meerdere winnaars, terwijl de bidders asymmetrisch gepositioneerd zijn. Een derde belangrijk aspect is dat raamcontracten worden aanbesteed, waardoor bidders te maken hebben met hoeveelheidsonzekerheid.

De theoretische analyse in hoofdstuk 5 van het rapport laat zien dat in deze situatie voor traditionele thuiszorgaanbieders een focusstrategie attractief is. Spelers focussen zich op die markten – de thuismarkt – waar ze ten opzichte van andere traditionele aanbieders een natuurlijk concurrentievoordeel genieten. Het is niet aantrekkelijk zich op andere markten te begeven, en het is ook niet noodzakelijk. Potentiële concurrentie groeit dan niet uit tot daadwerkelijke concurrentie, maar disciplineert wel. Het feit dat potentiële concurrentie niet uitgroeit tot daadwerkelijke concurrentie of dat er geen directe concurrentie is, kan niet geïnterpreteerd worden als een bewijs of een signaal voor het bestaan van een marktverdelingsafspraken: in een evenwicht ontstaat marktverdeling tussen traditionele aanbieders spontaan. Wel kunnen, gezien hun gunstiger kostenstructuur, *de novo* toetreders gevestigde spelers winstgevend onderbieden; zo lang er niet te veel van dergelijke bieders zijn hoeft dit echter geen probleem te zijn. Indien gemeenten lage maximumtarieven hanteren is dit wel problematisch. Een aanbieder kan dan gedwongen zijn de diensten verliesgevend aan te bieden (Conclusie 5). Bij erg lage tarieven kan het echter verstandiger zijn niet in te schrijven en te rekenen op een betere “outside option” na de aanbesteding (bijvoorbeeld heronderhandeling met de gemeente, of onderhandeling met een winnende aanbieder over overname van personeel).

De empirische analyse in hoofdstuk 6 van het rapport, aan de hand van data van het CAK over de periode 2004-2008, bevestigt een aantal van de voorspellingen uit het theoretisch model. Deze analyse laat zien de markt in zekere mate betwistbaar is, maar ook dat veranderingen in de marktverhoudingen in het algemeen heel geleidelijk gaan. Veel marktleiders hebben een goede positie weten te behouden. Hoewel sommige marktleiders volledig van de markt verdwenen zijn, hebben de meeste marktleiders tot 2009 nog slechts beperkt marktaandeel verloren, en winnen nieuwe aanbieders slechts langzaam terrein. Verder kunnen marktleiders iets hogere prijzen “afdwingen” dan andere aanbieders. Dit levert bewijs dat er niet sprake is van een “bidding market”. Conclusie 8 vat de belangrijkste resultaten uit hoofdstuk 6 samen.

8. *De concentratie op lokale markten voor huishoudelijke hulp is afgenomen, maar met een gemiddelde HHI van ongeveer 6400 in 2008 zijn deze markten nog steeds zeer geconcentreerd. Ook het marktaandeel van de lokale marktleider is teruggelopen, van 84% in 2004 tot 76% in 2008. Wisselingen in marktleiderschap, alsmede het feit dat 6% van de marktleiders uit 2006 in 2008 niet meer lokaal actief zijn, laten zien dat de*

lokale markt tot op zekere hoogte betwistbaar is. Marktleiders krijgen gemiddeld een iets hogere prijs (46 eurocent per uur meer) voor hun diensten betaald dan de overige aanbieders van huishoudelijke hulp.

Niet vergeten mag worden dat deze acht conclusies uit het rapport betrekking hebben op de periode 2004-2008 en dat dus alleen de eerste ronde van aanbestedingen onder de WMO is meegenomen. Het is bijvoorbeeld opvallend dat in deze eerste ronde in geen enkele gemeente aan een zuiver schoonmaakbedrijf gegund werd. Schoonmaakbedrijven begaven zich aanvankelijk nauwelijks op deze markt, maar in de loop van de tijd is dat veranderd, zoals ook de aanbestedingen in de tweede ronde (uit 2009, nadat het onderzoek was afgerond) hebben laten zien. Diverse van deze aanbestedingen hebben ook laten zien dat traditionele thuiszorgorganisaties het spel nu anders spelen dan in de eerste ronde. Dit alles heeft als gevolg dat de markt er vanaf 2010 weer heel anders uit kan zien dan in 2008. De markt is nog steeds in transitie, en het is van belang de ontwikkelingen te blijven volgen.

4.2. Het effect van samenwerking op de markttuitkomst

Een gezamenlijk element in de drie rapporten die in hoofdzaak over samenwerking gaan (de rapporten 1, 4 en 5) is dat samenwerking tussen aanbieders neutraal tegemoet getreden wordt. Net als bij de bewindslieden van VWS is de insteek in deze rapporten niet dat samenwerking *per se* (of uitsluitend) verdacht is.

Gegeven deze gezamenlijke achtergrond beschouwen de drie TILEC-rapporten het “probleem” van samenwerking in de zorg steeds vanuit een verschillend perspectief. Het eerste rapport betoogt dat, omdat de huidige Richtsnoeren voor de zorg onvoldoende toegesneden zijn op de realiteit van de zorgmarkt, een fundamentele herziening van deze Richtsnoeren nodig is. Dat rapport roept op tot een economische analyse van samenwerkingsvormen in de zorg op basis van *first principles*. In de rapporten 4 en 5 in de reeks wordt deze handschoen opgepakt, en wordt een begin gemaakt met deze effectanalyse. In rapport 4 gebeurt dat vanuit een algemeen economisch perspectief. In het door Kuipers en De Haan geschreven vijfde rapport is het perspectief meer bedrijfseconomisch. De benadering is daar vanuit de organisatietheorie en de logistiek, hetgeen het ook mogelijk maakt ervaringen met andere logistieke ketens mee te nemen. Daar staat tegenover dat het mededingingsrechtelijke perspectief in dat rapport wat minder aandacht krijgt. In rapport 4 is,

naast de economische theorie, de mededingingswetgeving juist het uitgangspunt. Samen geven deze drie rapporten een eerste antwoord op de tweede onderzoeksvraag die door ActiZ aan TILEC was voorgelegd:

Hoe beïnvloeden diverse vormen van samenwerking het functioneren van de thuiszorgmarkt, d.w.z. wat is het effect van (vormen van) samenwerking op de marktuitsluiting?

De rapporten laten zien dat samenwerking tussen aanbieders in veel gevallen tot voordeel voor de cliënt kan leiden, zonder dat de concurrentie wezenlijk geschaad wordt. De conclusie is bijgevolg dat, met meer aandacht voor de bijzonderheid van de zorgsector, er ook meer ruimte voor samenwerking geboden zal worden.

Hieronder geven we meer detail over de drie rapporten en hun samenhang.

4.2.1 De richtsnoeren voor de zorgsector: een economisch perspectief

Het eerste rapport laat allereerst zien dat de insteek dat samenwerking goed en gewenst kan zijn consistent is met economische theorie. Diverse “marktfalen” in de zorgsector hebben als gevolg dat samenwerking tussen aanbieders noodzakelijk is, of kan zijn, om aan de behoeften van de cliënten te kunnen voldoen. Omdat concurrentie, mits goed vormgegeven, aanbieders dwingt aan de cliëntenwensen te voldoen, kan juist in een competitieve situatie samenwerking tussen aanbieders noodzakelijk zijn. De hypothese dat samenwerking dient ter vergroting van marktmacht is niet de enig mogelijke. De alternatieve hypothese dat samenwerking als doel heeft de marktonvolkomenheden te compenseren en ten dienste staat van de patiënt/cliënt kan niet buiten beschouwing blijven. Beleid moet rekening houden met de bijzondere eigenschappen van de zorgmarkt, met marktfalen, en met externe effecten en onvolledige markten in het bijzonder.

Uitgaande van deze constatering, wordt in dit rapport betoogd dat de huidige NMa Richtsnoeren voor de zorg om twee redenen tekort schieten:

- (i) Zij houden onvoldoende rekening met de diverse vormen van marktfalen die in de zorgsector spelen (het nog onvolledige stelsel van markten en de positieve externe effecten op de zorgverleningsmarkt), die impliceren dat samenwerking tussen

zorgaanbieders niet *a priori* verdacht is, maar een mogelijke reactie op marktonvolkomenheden, ingegeven door concurrentieprikkels en de noodzaak en wens optimaal in te spelen op de behoeften van de cliënt;

- (ii) Zij werden primair afgeleid uit algemene Europese groepsvrijstellingen en richtsnoeren, maar deze methode om tot sectorspecifieke Richtsnoeren te komen is niet geschikt, omdat zij leidt tot Richtsnoeren die niet op de sector zijn toegesneden.

De huidige Richtsnoeren zijn daarom economisch niet goed (of op zijn minst onvoldoende) onderbouwd, en ze voldoen bijgevolg niet aan de mededingingsrechtelijke eis, zoals gezien in de Inleiding, dat rekening moet worden gehouden met de juridische en economische context waarin de betrokken ondernemingen opereren.¹⁶ Als gevolg van het door NMa gekozen perspectief (de zorgsector is een sector als alle andere, en samenwerking is verdacht) en de door de NMa gevolgde methode (het specifieke wordt afgeleid uit het algemene), scheppen de Richtsnoeren bovendien onvoldoende duidelijkheid over welke vormen van samenwerking mededingingsrechtelijk onproblematisch zijn, en dus toegestaan zouden moeten worden. Verwacht mag worden dat deze onzekerheid zorgaanbieders ervan weerhoudt af te zien van samenwerkingsvormen die in het belang van de cliënt/burger zijn, zodat de door de bewindslieden van VWS uitgesproken vrees, dat innovatieve samenwerkingsvormen die in het belang van de cliënt/patiënt zijn niet tot stand zullen komen, terecht lijkt.

Het eerste rapport betoogt daarom dat fundamentele herziening van de Richtsnoeren gewenst is. Alleen op deze manier kan gekomen worden tot beleid dat dienstig is aan het uiteindelijke belang dat geborgd moet worden, het welzijn van de cliënt/patiënt. Deze herziening zou gebaseerd moeten zijn op een neutraal perspectief (samenwerking is niet *per se* verdacht) en op economische analyse op basis van *first principles*. Concreet betekent dit een veel verder uitwerken van § 3.3.5 uit de huidige Richtsnoeren.

4.2.2 Samenwerking in de zorg: een economisch perspectief

Het vierde rapport verdiept het eerste en maakt een begin met de in het eerste rapport gevraagde economische effectanalyse. De focus ligt daarbij op ketenzorg, of algemener zorgaanbod door netwerken van aanbieders.

¹⁶ Zie de verwijzingen in voetnoot 5.

Het rapport gaat allereerst in op het verschil in perspectief op samenwerking dat tussen VWS en de NMa bestaat. De bewindslieden van VWS benadrukken het belang van samenwerking. De stelling die in het rapport geponeerd wordt is dat dit gevolg is van het feit dat VWS erkent dat de zorgsector bijzonder is, in ieder geval wordt in de beleidsstukken van VWS expliciet verwezen naar een aantal vormen van marktfalen. De NMa daarentegen ziet de zorgsector meer als een “normale” sector, waarin de enige vorm van marktfalen die zorgen baart marktmacht is. In een normale markt mag er vanuit worden gegaan dat concurrentie goed is, zowel voor de economie als geheel als voor de consument, en zijn door aanbieders opgeworpen mededingingsbeperkingen verdacht. In zo’n “normale” markt moet de mededingingsautoriteit agressief zijn en mag zij aannemen dat (horizontale) samenwerking tussen aanbieders slecht is, en dus verboden moet worden. In een dergelijke markt past ook dat uitzonderingen op het kartelverbod zeldzaam zijn. In de zorg geldt dit alles echter niet noodzakelijk, mag hier althans niet van uit worden gegaan; de zorgsector is bijzonder.

Dit verschil in perspectief komt ook in de huidige NMa Richtsnoeren voor de zorg tot uitdrukking. De NMa benadrukt daarin allereerst en vooral de negatieve aspecten van samenwerking tussen zorgaanbieders. Als de NMa stelt dat afspraken niet noodzakelijk verboden zijn, benadrukt zij daarbij in eerste instantie dat afspraken de mededinging niet noodzakelijk merkbaar beïnvloeden. Slechts secundair is er in de Richtsnoeren aandacht voor de mogelijk positieve effecten van samenwerking, en dat deze de (mogelijk) negatieve effecten kunnen overstijgen. Zelfs in die context is er bij de NMa weinig aandacht voor de specifieke aspecten van de zorgsector. Als houvast om te bepalen of de voordelen de nadelen overstijgen verwijst de NMa in de Richtsnoeren namelijk naar algemene groepsvrijstellingen en richtsnoeren op Europees niveau. Per definitie houden deze geen rekening met de sectorspecifieke aspecten.

In feite bieden de huidige Richtsnoeren voor de zorgsector niet meer houvast dan de Europese groepsvrijstellingen.¹⁷ Dit biedt niet veel houvast; de in die groepsvrijstellingen gespecificeerde “veilige havens” zijn te smal, of kunnen, gezien de specifieke eigenschappen van de zorgsector, verwacht worden te smal te zijn. Wat de grenzen zijn kan in principe uitsluitend bepaald worden op basis van gedetailleerde, economische en juridische analyse,

¹⁷ Met uitzondering, wellicht, van randnummer 178.

waarbij met de sectorspecifieke eigenschappen rekening gehouden wordt. Omdat in de huidige Richtsnoeren niet, of in ieder geval onvoldoende rekening gehouden wordt met de specifieke eigenschappen van de zorgsector, en omdat er in deze Richtsnoeren niet geanalyseerd wordt, schieten de Richtsnoeren tekort. In het rapport wordt daarom gepleit voor aangepaste richtsnoeren, waarin meer rekening gehouden wordt met de sectorspecifieke eigenschappen, en waarin door middel van analyse, of in ieder geval door het aangeven van het analysekader, meer *guidance* aan marktpartijen geboden wordt.

Hierbij zou de NMa zich kunnen spiegelen aan de praktijk bij de Europese Commissie. De richtsnoeren van de Commissie, zoals de richtsnoeren voor verticale overeenkomsten, geven een goed beeld van de methode die de Commissie hanteert om te bepalen of aan de uitzonderingscondities van het kartelverbod voldaan is. Hierbij specificeert de Commissie duidelijk de voor- en nadelen, en hoe deze tegen elkaar afgewogen kunnen worden. Op deze manier wordt van marktpartijen meer houvast gegeven dan de NMa in de huidige richtsnoeren doet.

Met betrekking tot het analysekader voor de zorgsector wordt in het rapport betoogd dat, op de zorgverleningsmarkt, samenwerkingsvormen inderdaad voordelen kunnen brengen, en bovendien, dat samenwerking nodig kan zijn om deze voordelen te realiseren. Daartoe worden drie “modellen” gepresenteerd. Het eerste model laat zien dat, bij complementaire aanbieders, samenwerking (geïntegreerd aanbod) inderdaad tot betere resultaten leidt dan concurrentie. Het tweede model laat zien dat formele afspraken nodig kunnen zijn bij investeringen met *spill-over* effecten. Zonder formele afspraken resulteert een *free rider* probleem, wat ertoe kan leiden dat de extra investering niet gedaan wordt, met nadeel voor de patiënt als gevolg. Het derde model illustreert dat een vergelijkbare *prisoners’ dilemma* situatie kan ontstaan als meerdere partijen de behandeling voor hun rekening kunnen nemen. Ook in dit geval zijn afspraken nodig. De modellen leiden tot de conclusie dat, in geval van (positieve) externaliteiten, de marktuitskomst bij onafhankelijk (competitief) handelen, suboptimaal kan zijn, en dat afspraken nodig kunnen zijn om betere uitkomsten te realiseren.

Vervolgens worden deze ideeën toegepast op ketenzorg en meer algemene zorgnetwerken. Het onderscheid is dat ketens “zuiver verticaal” zijn, terwijl netwerken ook aanbieders kunnen bevatten die met elkaar concurreren. Na verschillende definities van ketenzorg gegeven en vergeleken te hebben, worden de verschillende “theories of harm” besproken die

in de Richtsnoeren behandeld worden. Ook op dit punt is er overigens een opmerkelijk verschil met de richtsnoeren van de Europese Commissie: deze specificeren niet alleen de “theory of harm”, maar ook de potentiële voordelen, en zijn dus meer gebalanceerd. We laten zien dat een beter afgewogen analyse meer ruimte zal bieden voor ketensamenwerking. Op dit punt worden ook een aantal concrete suggesties gedaan:

- (i) Afspraken binnen een zorgnetwerk hoeven niet noodzakelijk een probleem te zijn. Horizontale afspraken kunnen ertoe leiden dat meerdere partijen tot de keten toetreden, waardoor het netwerk attractiever wordt voor cliënten, zonder de overige spelers te benadelen; als een keten toegestaan wordt, zou ook een netwerk dat objectief beter is (een Pareto verbetering ten opzichte van de keten) toegestaan moeten worden.
- (ii) Als gevolg van het bovenstaande is het wenselijk de horizontale aspecten van een netwerk niet afzonderlijk te beoordelen, maar als integraal onderdeel van het netwerk; de horizontale afspraken kunnen nodig zijn om de (verticale) voordelen te realiseren;
- (iii) Uitsluiting door een keten is minder vaak een probleem dan in de Richtsnoeren gesuggereerd wordt; om te zien of het gevaar van uitsluiting reëel is, moet onder andere getoetst worden of ketenspelers de mogelijkheid hebben en prikkels ondervinden om de markt voor concurrenten af te screenen. Hieraan zal niet snel voldaan zijn, en zelfs dan is er niet noodzakelijk een negatief effect. In ieder geval bestaat het gevaar alleen bij ketens waarin van exclusiviteit sprake is.
- (iv) Als gevolg van het in (iii) gestelde zijn de marktaandeelcriteria die in de Richtsnoeren geformuleerd worden i.h.a. te krap bemeten; in ieder geval moet hierbij een onderscheid gemaakt worden tussen ketens met en ketens zonder exclusiviteit.

De eerste hoofdconclusie in het rapport is dat een meer afgewogen oordeel van zorgnetwerken laat zien dat de risico's op nadelen minder groot zijn dan in de Richtsnoeren betoogd wordt, terwijl er bovendien voordelen zijn die in de Richtsnoeren onderbelicht blijven. Een meer afgewogen oordeel leidt dus tot een positiever appreciatie van zorgnetwerken, met als conclusie dat ze eerder toegestaan kunnen worden.

Een tweede conclusie is dat de NMa marktpartijen meer houvast kan geven door zich te spiegelen aan de Europese Commissie. In randnummer 8 van de huidige Richtsnoeren stelt de NMa dat zij op verzoek van partijen een schriftelijke informele zienswijze kan geven over de

interpretatie van Artikel 6 Mw of Artikel 101 VWEU. De NMa noemt daarvoor vier cumulatieve voorwaarden:

1. er is sprake van een nieuwe rechtsvraag;
2. er is sprake van een groot maatschappelijk en/of economisch belang;
3. de door verzoeker verschaft informatie moet voldoende zijn om een informele zienswijze op te kunnen stellen, dus zonder dat er nader feitelijk onderzoek van de NMa nodig is;
4. in de handhavingsprioriteiten van de NMa is ruimte voor het geven van een informele zienswijze in deze specifieke casus.

Het vierde rapport van TILEC voor ActiZ laat zien dat de zorgsector bijzonder is en dat dus aan de eerste voorwaarde voldaan is. Ook aan de tweede voorwaarde is voldaan. Het is aan partijen om aan de derde voorwaarde invulling te geven, maar ondertussen heeft de NMa vermoedelijk ook zelf al voldoende relevante informatie verzameld. De vierde conditie is een kwestie van interne prioriteitstelling van de NMa. Gegeven het grote belang van een goed functionerende zorgsector, concludeert dit rapport dat het voor de hand ligt dat de NMa hieraan inderdaad prioriteit geeft. Bij voorkeur zou een dergelijke informele zienswijze dan algemeen zijn, en neergelegd worden in de herziene Richtsnoeren, en wel in de vorm van een analysekader dat in individuele gevallen gebruikt kan worden.

4.2.3 Samenwerking in de zorg: voordelen voor de cliënt en risico's van machtsmisbruik

In het vijfde rapport, van de hand van Cindy Kuipers en Job de Haan, wordt een model ontwikkeld waarmee kan worden onderzocht wanneer een samenwerkingsverband in de zorg voordelen oplevert voor de cliënt, en hoe deze voordelen kunnen worden afgewogen tegen het risico van eventueel machtsmisbruik van de regievoerende partij (RVP). De RVP is de partij die verantwoordelijk is voor de coördinatie van het samenwerkingsverband, het kan een individuele instelling zijn, maar ook een organisatie waarin alle zorginstellingen vertegenwoordigd zijn.

Daartoe wordt in eerste instantie de relatie tussen verschillende typen samenwerkingsverbanden en de voordelen voor de cliënt onderzocht. Dit wordt gedaan door vier karakterisering op te stellen: van het type zorg, van samenwerkingsverbanden, van

financiers en van de voordelen van de cliënt. Deze voordelen voor de cliënten ontstaan als gevolg van de samenwerking doordat diensten beter op elkaar aansluiten en afgestemd zijn. Deze karakterisering samen vormen de basis van het eerste deel van het model, met behulp waarvan een bestaand samenwerkingsverband kan worden getypeerd en de voordelen ervan in kaart gebracht.

In tweede instantie wordt onderzocht hoe bij zowel horizontale als verticale samenwerkingsverbanden machtsmisbruik door de RVP eruit kan zien, en of het risico van negatieve gevolgen ervan groot is. Machtsmisbruik treedt op als de RVP uit eigen belang beslissingen neemt die de belangen van andere deelnemers of de cliënten schaden. Machtsmisbruik is gerelateerd aan twee typen machtsproblemen: het benadelen van de andere deelnemers aan het samenwerkingsverband en het afschermen van de markt voor zorginstellingen/ketens buiten het samenwerkingsverband. Beide typen kunnen uiteindelijk tot nadelen leiden voor de cliënt. Een aantal risicofactoren in kaart gebracht die kunnen worden gebruikt om samenwerkingsverbanden te evalueren. Met het tweede deel van het model worden een aantal risicofactoren en de mogelijk negatieve gevolgen in kaart gebracht, en kan een bestaand (of potentieel) samenwerkingsverband worden geëvalueerd op de risico's van negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de RVP.

In het rapport wordt geconcludeerd dat het verwachte risico op deze negatieve effecten en nadelen voor de cliënt beperkt is:

- i) Machtsproblemen binnen een samenwerkingsverband kunnen grotendeels worden opgelost door het maken (en naleven) van duidelijke afspraken. Daarbij leidt machtsmisbruik van RVP al snel tot een minder efficiënt samenwerkingsverband;
- ii) Om een externe partij uit de markt te stoten heeft de RVP de mogelijkheid en de prikkel nodig om dit te doen. Door het behalen van efficiëntievoordeel lijkt het uit de markt stoten van een partij in bepaalde gevallen wel mogelijk, maar er is over het algemeen weinig reden om aan te nemen dat de prikkel aanwezig is om dit ook daadwerkelijk te doen. De bestaande ondercapaciteit in de zorg (wachtlijsten) beperkt de waarschijnlijkheid dat partijen uit de markt worden gestoten.
- iii) Bovendien brengt het leveren van suboptimale zorg aan de cliënt het risico met zich mee dat de cliënt op zoek gaat naar een betere zorgverlener.

Als laatste wordt in het rapport bestudeerd hoe met behulp van het totale model de voordelen van een samenwerkingsverband voor de cliënt kunnen worden afgewogen tegen de risico's op negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de RVP. Meestal zal hierover eenvoudig een uitspraak kunnen worden gedaan, omdat de kans op machtsmisbruik door de RVP naar verwachting klein is. Indien het samenwerkingsverband echter toch negatieve gevolgen voor de cliënt heeft, moeten deze zeer zorgvuldig tegen de voordelen worden afgewogen. Dit laatste geldt in principe ook als de nadelen niet direct het gevolg zijn van misbruik door de RVP, maar bijvoorbeeld van efficiëntere (goedkopere) zorgprocessen, die tot minder kwaliteit leiden.

4.2.4 Algemene conclusie uit de drie rapporten over samenwerking

Bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg moet rekening worden gehouden met de specifieke eigenschappen van de zorgsector, in het bijzonder met diverse vormen van positieve externe effecten aan de kant van het zorgaanbod. Deze externe effecten impliceren dat samenwerking tussen aanbieders gewenst is, en niet *a priori* verdacht zoals de NMa in feite aanneemt. Indien men onvoldoende oog heeft voor deze externe effecten, neigt men ernaar om te veel samenwerkingsvormen die in het belang van de patiënt zijn te verbieden. Dit is ongewenst.

5. CONCLUSIE

Gehoopt wordt dat door middel van deze vijf rapporten van TILEC een bijdrage geleverd wordt aan een vruchtbare dialoog tussen de NMa en de zorgsector in Nederland, zodat, in het belang van de zorgconsument, de aandacht zich op verdere modernisering van de zorgsector en kwaliteitsverhoging van de zorg kan richten.

In zijn rede 'De bescherming van concurrentie in de zorg' van 8 oktober 2008 heeft René Janssen (destijds lid van de RvB van de NMa) aangegeven dat NMa en sector het eens zijn over de te bereiken doelstelling "zorgen dat de cliënt er beter van wordt", maar dat men substantieel van mening verschilt over het middel om dat doel te bereiken. Voor de NMa staat de keuzevrijheid van de cliënt centraal. Janssen stelt: "Er is een groot verschil tussen afspraken tussen concurrenten waarbij zij voor de cliënt bepalen wie de zorg verleent - de in het geding zijnde marktverdelingsafspraken - en afspraken die erop gericht zijn om

verschillende vormen van zorg beter op elkaar te laten aansluiten.” Inderdaad is er, in principe, een groot verschil tussen deze soorten afspraken; echter in bepaalde gevallen kunnen afspraken tussen aanbieders over wie de zorg verleent noodzakelijk zijn om goed op elkaar afgestemde zorg te leveren, of om continuïteit van zorgverlening te garanderen. Zoals de TILEC rapporten laten zien is gedetailleerde analyse nodig om na te gaan onder welke omstandigheden dat het geval is, terwijl, anderzijds, zonder nadere analyse ook niet betoogd kan worden dat dergelijke afspraken ertoe strekken de mededinging te beperken. Economische effectanalyse is essentieel, zowel in het kader van artikel 6 lid 1 Mw als bij artikel 6 lid 3 Mw.

BIJLAGE: DE ONDERZOEKSVRAGEN VAN ACTIZ

1. Huishoudelijke hulp (Wmo)

1. (De markt in zijn algemeenheid)

Wat zijn/waren in de periode 2007 tot en met heden de **concurrentieparameters** op de markt voor huishoudelijke hulp (in de zin van artikel 1 lid 1 sub h) Wet maatschappelijke ondersteuning) in Nederland? Klopt het dat in ieder geval de volgende variabelen belangrijke concurrentieparameters zijn:

- a. prijs,
- b. volume,
- c. kwaliteit (zowel Wmo-product als “ketendeel”),
- d. grootte van de percelen,
- e. omvang eigen vermogen (vermogen om onder de kostprijs te leveren),
- f. bereikbaarheid en beschikbaarheid, en
- g. productmix.

2. (Verhouding PGB en Zorg in Natura)

Huishoudelijke hulp wordt niet slechts door gemeenten bekostigd, maar ook uit persoonsgebonden budgetten en uit eigen middelen van patiënten. Wat is de **verhouding tussen deze drie vormen van bekostiging** en welke vorm is doorslaggevend voor het gebied waarbinnen een zorgaanbieder actief is?

3. (Rol van het uitvoerend personeel)

In welke mate (zo mogelijk kwantitatief onderbouwd) speelt voor de concurrentiemogelijkheden van aanbieders van huishoudelijke hulp (1) de beschikbaarheid van **uitvoerend personeel**, en (2) de juiste kwalificatie van dat uitvoerend personeel een rol? Te onderzoeken aspecten in dit verband zijn in ieder geval:

- a. aanbod/schaarste van personeel (incl. tijdsbestek nodig om personeel aan te trekken),
- b. mobiliteit van personeel (reisbereidheid personeel mede gelet op de wijze waarop de werkzaamheden worden ingepland en het aantal uur dat een gemiddeld personeelslid werkt per week of dag),

- c. (on)mogelijkheid personeel over te nemen van concurrent, of bij overgang van onderneming,
- d. elementen die een rol spelen bij keuze van personeel voor een bepaalde zorgaanbieder.

4. (De uiteindelijke keuze door de cliënt)

- a. Welke rol speelt de **gemeente** bij de keuze voor een aanbieder van huishoudelijke hulp?
- b. In welke mate is de **beschikbaarheid van informatie** over prestaties in de zorg (bij de cliënt zelf, bij familie/kennissen/doorverwijzers/ketenzorgpartners) van belang?
- c. Welke rol speelt de **cliënt** bij de keuze van een aanbieder van huishoudelijke hulp? De indruk bestaat dat de cliënt alleen een grote rol speelt in gemeenten waar het persoonsgeboden budget als een gelijkwaardig alternatief geldt voor zorg in natura.
- d. Welke **doorverwijzers** spelen een rol bij de keuze van een aanbieder van huishoudelijke hulp, en in welke mate doen zij dat?
- e. Welke horizontale en welke verticale **ketenzorgpartners** spelen een rol bij de keuze van een aanbieder van huishoudelijke hulp, en in welke mate doen zij dat?
- f. Welke **sociaal/culturele aspecten spelen** een rol bij de keuze van een aanbieder van huishoudelijke hulp en in welke mate?

5. (Toetredingsdrempels)

Welke **toetredingsdrempels** zijn er voor aanbieders van huishoudelijke hulp om deze zorg buiten het traditionele werkgebied aan te bieden?

- a. Hierbij kan gedacht worden aan de rol van aanwezigheid van eigen intramurale instellingen: een zorgaanbieder kan vanuit een intramurale instelling goedkoper leveren. In de AWBZ wordt een extra korting gegeven voor de extramurale zorg in aanleunwoningen.
- b. Naamsbekendheid van de aanbieder. Is het economisch zinvol (rendabel) te investeren in naamsbekendheid, of is dit gegeven het keuzeproces van de cliënt (zie vraag 4) en de grootte van de marge niet het geval?

- c. Voor toetreding lijken daarnaast van belang de omvang van de percelen en de eisen van regionale en lokale verankering.

6. (De business case voor nieuwe aanbieders)

Is het **economisch rationeel** voor een aanbieder van huishoudelijke hulp om **mee te dingen naar een opdracht buiten het eigen traditionele werkgebied** indien deze aanbieder daar op het moment van inschrijven nog geen personeel ter beschikking heeft? Luidt het antwoord op deze vraag anders wanneer vóór inschrijving reeds een onderaannemer is uitgekozen die wél personeel heeft in het betreffende gebied? Worden de antwoorden op deze vragen anders, afhankelijk van de wijze waarop de aanbesteding wordt ingekleed?

2. Persoonlijke verzorging en verpleging thuis (AWBZ)

Voor deze markt gelden vergelijkbare vragen als voor de markt voor huishoudelijke hulp, in het bijzonder:

7. (De markt in zijn algemeenheid)

Wat zijn/waren in de periode 2006 tot en met heden de **concurrentieparameters** op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis (in de zin van de artikelen 4 en 5 Besluit zorganspraken AWBZ) in Nederland?

8. (Verhouding PGB en Zorg in Natura)

Ook in de AWBZ wordt hulp (verzorging en verpleging) niet alleen in natura geleverd, maar kan ook voor een PGB gekozen worden. Verder zijn er eigen middelen van cliënten. Wat is de **verhouding tussen deze drie vormen van bekostiging** en welke vorm is doorslaggevend voor het gebied waarbinnen een zorgaanbieder actief is?

9. (De rol van het uitvoerend personeel)

In welke mate (zo mogelijk kwantitatief onderbouwd) speelt voor de concurrentiemogelijkheden van aanbieders van persoonlijke verzorging en verpleging thuis de beschikbaarheid van uitvoerend personeel een rol? Te onderzoeken aspecten in dit verband zijn in ieder geval:

- a. aanbod/schaarste van personeel (incl. tijdsbestek nodig om personeel aan te trekken),
- b. mobiliteit van personeel (reisbereidheid personeel mede gelet op de wijze waarop de werkzaamheden worden ingepland en het aantal uur dat een gemiddeld personeelslid werkt per week of dag),
- c. (on)mogelijkheid personeel over te nemen van concurrent,
- d. elementen die een rol spelen bij keuze van personeel voor een bepaalde zorgaanbieder.

10. (De uiteindelijke keuze door de cliënt)

Als vraag 4, maar dan met de gemeente vervangen door het zorgkantoor.

11. (Toetredingsdrempels)

Als vraag 5

12. (De business case voor nieuwe aanbieders)

Als vraag 6

3 Efficiëntievoordelen van samenwerking en ketenzorg

13. (Ketenzorg)

- a. Zijn vormen van samenwerking of ketenzorg tussen zorgaanbieders te identificeren die vanuit economisch perspectief efficiëntieverhogend zijn, of kunnen zijn, dan wel die positief uitwerken, of kunnen uitwerken, op de ‘cliëntenwelvaart’?
- b. Is er verifieerbaar bewijs dat deze vormen van samenwerking of dergelijke ketenzorg tot kwantitatief betere zorg leidt?
- c. Geldt dit zowel voor horizontale als verticale vormen van samenwerking?
- d. Zo ja, wat zijn illustratieve voorbeelden daarvan?
- e. Zijn er ook anticompetitieve effecten aan te wijzen, bijvoorbeeld het risico van uitsluiting van niet ketenpartners?
- f. Bieden de NMa “Richtsnoeren voor de Zorgsector” voldoende houvast aan zorgaanbieders om deze vormen van samenwerking te kunnen beoordelen, of leeft bij zorgaanbieders de angst dat deze vormen van samenwerking of

ketenzorg door de NMa als mededingingsversturend zullen worden aangemerkt?

- g. Overwegen zorgaanbieders fusies als alternatief voor samenwerking om zeker te stellen dat deze vormen van samenwerking toch doorgang kunnen vinden?